

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
BRASÍLIA  
2013

LUIZ MENEZES AZEVEDO FILHO

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE  
AO RACISMO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Brasília  
2013

LUIZ MENEZES AZEVEDO FILHO

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE  
AO RACISMO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Alejandra Leonor Pascual.

Brasília  
2013

LUIZ MENEZES AZEVEDO FILHO

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE  
AO RACISMO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília, como requisito parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
*Alejandra Leonor Pascual* – Universidade de Brasília

\_\_\_\_\_  
*Diego Augusto Diehl* – Universidade de Brasília

\_\_\_\_\_  
*Ela Wiecko Volkmer de Castilho*. – Universidade de Brasília

\_\_\_\_\_  
*Gladstone Leonel da Silva Júnior* – Universidade de Brasília

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Fátima e Menezes, por transformarem, com amor e muito suor, nosso sonho em realidade.

A meus irmãos, Guilherme e Octávio, pelo apoio e confiança; à minhas tias, Bernadete e Cláudia, por serem várias vezes meu ombro amigo.

À minha orientadora e grande amiga Alejandra, que ao longo desses anos foi meu maior símbolo de pesquisadora e pessoa dentro da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Agradeço também aos amigos que sempre me incentivaram, especialmente, Duda, Rafael e Sarah,

“Não abra a mão!  
Não pense em retroceder;  
Caminhe um pouco mais, se já chegou aqui;  
Pra que parar?  
Pensar em desistir?”  
(Jozyanne)

## RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso é sobre o modo como o ordenamento jurídico, especialmente o brasileiro, está sendo utilizado na luta contra o racismo. Nesse sentido, a pesquisa baseou-se em estabelecer como os ramos do Direito (divisão meramente pedagógica) interagem com esta questão social.

O primeiro capítulo trata dos aspectos constitucionais relacionados com o assunto em análise. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é o primeiro instrumento legal a tratar práticas de racismo como crime, apesar do discurso reiterado de diversas autoridades dos governos brasileiros, ao longo do século XX, ser de repúdio ao racismo, assim como a afirmação de que existiria uma “democracia racial” no País.

Fez-se necessária, também, uma análise dos efeitos do direito internacional público, além de salientar a expansão do movimento de direitos humanos após o término da Segunda Guerra Mundial.

Outro assunto relevante foi o movimento de autoafirmação dos povos africanos, que empreendeu esforços no combate ao racismo e a aprovação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

A respeito do direito penal e sua relação com o racismo é necessário apontar duas observações: primeiro, sobre o comportamento reticente das instituições penais (Ministério Público, Poder Judiciário e polícia) para a efetiva aplicação da legislação antirracista; em segundo lugar, a estrutura da lei, que é considerada imperfeita segundo a melhor técnica jurídica/legislativa.

Por fim, será apresentada a relação da legislação civilista e do Estatuto da Igualdade Racial com o combate ao racismo, por meio do estudo da doutrina dos danos morais e sua aplicação nos casos de racismo.

Palavras-chave: Racismo, Direito, Constitucional, Penal, Internacional.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1.O DIREITO CONSTITUCIONAL E O COMBATE AO RACISMO .....	11
1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DO MOVIMENTO NEGRO BRASILEIRO NO SÉCULO XX, ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ....	11
1.2. A LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA PRÉ- CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.....	12
1.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LUTA CONTRA O RACISMO .....	14
1.3.1) O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	15
1.3.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE .....	17
1.3.3. INCISOS XLI E XLII, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	18
2. O BRASIL E A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO RACISMO.....	22
2.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS .....	23
2.2. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL .....	25
2.2.1. CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ.....	29
3.O COMBATE AO RACISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	31
3.1. CONCEITUAÇÃO.....	31
3.1.1. RAÇA .....	32
3.1.2. ETNIA .....	32
3.1.3. RELIGIÃO .....	33
3.1.4. PROCEDÊNCIA NACIONAL.....	34
3.2. PARTE ESPECIAL – CRIMES RACIAIS EM ESPÉCIE .....	35
3.2.1. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE RACISMO.....	35
3.2.2.CRIMES SELECIONADOS.....	38
4. O COMBATE AO RACISMO NA LEGISLAÇÃO CIVIL, NO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E SEU TRATAMENTO PELO JUDICIÁRIO. ....	43

<b>4.1. OS ASPECTOS DE DIREITO CIVIL NO COMBATE AO RACISMO .....</b>	<b>43</b>
<b>4.2. O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL .....</b>	<b>46</b>
<b>4.3. A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO .....</b>	<b>48</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>51</b>



## INTRODUÇÃO

Ao longo da história do Brasil, observa-se um longo processo de exploração e discriminação da população negra. Desde o período escravocrata até a atualidade, foi construído um sistema de segregação que só começou a ser desatinado com a CRFB/88.

O tema racismo no Brasil é um assunto espinhoso. Há quem defenda que no país não há racismo, principalmente, quando se estabelece uma comparação com a situação estadunidense<sup>1</sup>. Por outro lado, existe a luta do movimento negro para desmascarar a discriminação racial que cotidianamente prejudica a dignidade de pessoas negras no Brasil..

O conceito de racismo passou por uma transformação profunda; nesse sentido, afirma Santos (2009, p. 51):

O conceito de racismo foi ampliado para cobrir as formas de racismo institucional e racismo estrutural. O racismo passou a ser identificado como uma situação que poderia ocorrer independentemente da vontade das pessoas, reconhecendo que certas práticas, realizadas por instituições, não têm atitudes, mas podem certamente discriminar, criar obstáculos, impedir e prejudicar os interesses de um grupo por causa de sua raça, de sua cor.(Santos, 2009, p.51)

Importante destacar que a admissão da existência do racismo é fácil; contudo, prová-lo mostra-se um grande obstáculo.

Com a promulgação da Carta Magna em 1988, institucionalizou-se um novo sistema de direitos e prerrogativas. O racismo passou a ser crime imprescritível e inafiançável. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico passou a contemplar uma maior proteção às vítimas de práticas discriminatórias raciais.

Nesta pesquisa, optou-se por dividir o ordenamento em 4 ramos: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Penal e Direito Civil.

Dentro de cada ramo foi desenvolvido um raciocínio singular para aquela área, mas conectada com as demais.

Dentro do ramo Constitucional, enveredou-se pelo inciso XLII, art. 5º da Constituição. Buscou-se, também, o desenvolvimento do contexto histórico da primeira legislação antirracista até a Assembleia Constituinte, onde se insculpiu a criminalização do racismo como garantia fundamental.

---

<sup>1</sup> Criou-se um falso ideário no Brasil de que como as práticas racistas aqui não são tão explícitas como nos Estados Unidos da América, logo não há “racismo de verdade” no país.

No Direito Internacional Público serão apresentados aspectos relevantes do ordenamento jurídico internacional na luta contra o racismo produzido após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Em geral, o combate ao racismo no Brasil é visto ainda como um assunto de competência da seara penal. Quando se discute a questão racial no mundo jurídico, apenas a literatura jurídica acerca da criminalização do racismo é vasta. A produção científica sobre as práticas racistas em outros campos do direito é praticamente inexistente.

Assim, esta monografia pretende, de forma singela, contribuir na abordagem da relação existente entre o ordenamento brasileiro e o combate ao racismo, por meio dos diversos ramos em que está dividido o Direito.

## **1.O DIREITO CONSTITUCIONAL E O COMBATE AO RACISMO**

### **1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DO MOVIMENTO NEGRO BRASILEIRO NO SÉCULO XX, ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

Como atesta Lima (2009, p.129), a história do movimento negro no Brasil durante o século XX pode ser dividida em três períodos: o primeiro seria o da “ilusão da integração pacífica”, cujo ponto máximo foi a criação da Frente Negra Brasileira (FNB); o segundo período, marcado pelas “denúncias sociais da miséria provocada pelo racismo”, que se estende do final da FNB, na década de 1930 até a década de 1970; por fim, o terceiro período, da “consciência da necessidade de romper a estrutura reprodutora do racismo”, cujo ponto de partida é o ano de 1978, com a fundação do Movimento Negro Unificado contra a Discriminação Racial (MNUCDR).

A Frente Negra Brasileira foi o primeiro grande movimento negro, inserido no campo político, a ter dimensão nacional. O surgimento da FNB é o ponto culminante desta primeira fase do movimento negro pós-abolição. Organizada primeiramente em São Paulo (capital) e depois no interior do Estado, projetou-se nacionalmente (BARROS, 2009, p.145).

A partir da leitura de Barros (2009, p.149), evidencia-se que os militantes da FNB procuravam romper as barreiras sociais impostas aos negros para sua total integração, denunciando as manifestações de discriminação e preconceito. Cabe ressaltar, ainda, que constituíram uma organização paramilitar, cujos integrantes vestiam camisas brancas e seguiam rígida disciplina.

De acordo com Sales Júnior (2009, p.31), com a eclosão da ditadura varguista, em 1938 (cinquenta anos da abolição), a FNB e a União Negra Brasileira, assim como os órgãos da imprensa negra, deixavam, pela violência do Estado, de existir.

Importante destacar que mesmo com as inúmeras críticas, que sofreu e ainda sofre a Frente Negra Brasileira, deve-se salientar seu ineditismo e a importância de ter sido o primeiro movimento político dos negros de grande envergadura.

Já segunda fase é marcada pelo fim das ilusões da possibilidade de uma integração social dos negros, baseada, na ideologia da democracia racial. Denúncias contra o preconceito e discriminação racial, as dificuldades encontradas no mercado de trabalho e no acesso à educação, a miséria e a marginalização da população negra serão a tônica deste período que, a partir de inúmeras organizações por todo o Brasil, buscarão

também, em muitos casos, o resgate e a resistência cultural.

Em 1944 surgiu o Teatro Experimental do Negro, liderado por Abdias do Nascimento, um dos fundadores da extinta Frente Negra Brasileira:

[...] o TEN não nasceu para ser apenas uma reação contra a exclusão do negro no teatro. Ele foi imaginado como frente de luta, então deveria ter várias ramificações, vários setores a serem atingidos por uma ação transformadora de nossa realidade. Por isso o TEN é também uma continuação das lutas da Frente Negra, mesmo mantendo uma identidade própria. O diferencial é que o TEN não queria saber de integração” (Nascimento, 2003, p.65).

Com o fim do Estado Novo, foi possível uma rearticulação dos movimentos negros de forma mais ampla. Com a implantação da ditadura militar no Brasil, em 1964, muitas organizações foram fechadas e as dificuldades para qualquer movimento organizado na sociedade tornaram-se imensas. Os partidos e organizações populares foram extintos, embora alguns persistissem na luta, mesmo na clandestinidade, como os dois partidos comunistas – PCB e PCdoB – e outras organizações (FAUSTO, 2007, p. 356).

Sales Júnior (2009, p.69-70) revela que o recrudescimento da ditadura, principalmente, com a instituição do Ato Institucional número cinco – AI-5 – interrompeu grande parte das iniciativas do movimento negro, inclusive as discussões acerca de questões político-ideológicas, cujo debate florescia em muitas organizações.

Lima (2009, p. 156) conta que nas escadarias do Teatro Municipal de São Paulo, em junho de 1978, foi fundado o Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial – MNUDCR – como resultado do acúmulo de experiências anteriores e da consciência de que a população negra deveria engajar-se na luta pela própria superação das estruturas que permitiam a discriminação e a marginalização do negro no Brasil.

No final da ditadura militar e no período imediatamente posterior, muitos militantes do movimento negro tornaram-se militantes de partidos que já estavam em atividade desde o início da década de 1980 e outros que somente conquistaram a legalidade em 1985, no governo de José Sarney (LIMA, 2009, p. 158).

## **1.2. A LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA PRÉ- CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**

Nos anos 1950, o movimento negro, tendo como um de seus grandes expoentes

Abdias do Nascimento<sup>2</sup> que propunha uma legislação antidiscriminatória. Apesar da luta empreendida pelo movimento, a proposta foi rechaçada pelo parlamento, o qual afirmava inexistir fatos concretos que demandassem a criação do referido instrumento legal (SANTOS, 2009, p. 209).

A criação do primeiro estatuto de combate ao racismo só ganhou força com a exposição internacional do Caso Dunham.

Conforme relata Ivair dos Santos:

A dançarina negra Katherine Dunham e a cantora Marian Anderson tiveram sua hospedagem recusada no Hotel Esplanada de São Paulo, onde tinham feito reservas durante excursão com sua companhia no Brasil. O mesmo já havia ocorrido com outros negros americanos, como a socióloga Irene Diggs que, quatro anos antes, não pode se hospedar no Hotel Serrador, no Rio de Janeiro(...). (Santos, 2009, p.210)

A Lei nº 1390/51, mais conhecida como Lei Afonso Arinos, foi elaborada sob a égide do pensamento brasileiro de que no país não havia conflito entre raças, logo não haveria espaço para a discriminação.

Santos (2009, p.213) afirma que a Lei não foi concebida com base na realidade discriminatória que os negros estavam inseridos, mas imaginou que existiriam espaços onde os negros sofriam segregação – os quais seriam catalogados pelo instrumento jurídico e estudo.

É primordial destacar o entendimento de Santos (2009, p.214-218) de que o sistema jurídico, representado principalmente pelo Poder Judiciário, através da Lei Afonso Arinos absorveu o mito da democracia racial e, por conseguinte, não conseguiu garantir o princípio da proibição das discriminações raciais, contido na Constituição de 1946, pois historicamente sempre se apresentou como neutro nos assuntos relativos à raça, o que formalmente, representaria a proteção da lei.

Um dos grandes problemas de elaboração técnica e de eficácia da lei Afonso Arinos é o fato dela tipificar espaços de discriminação e não situações e

---

<sup>2</sup> Abdias do Nascimento nasceu em Franca-SP em 1914 foi ator, diretor e dramaturgo. Militante da luta contra a discriminação racial e pela valorização da cultura negra. É responsável pela criação do Teatro Experimental do Negro, que atua no Rio de Janeiro entre 1944 e 1968 e é a primeira companhia a promover a inclusão do artista afro-descendente no panorama teatral brasileiro. Na qualidade de primeiro deputado federal afro-brasileiro a dedicou seu mandato à luta contra o racismo (1983-87), apresentou projetos de lei definindo o racismo como crime e criando mecanismos de ação compensatória para construir a verdadeira igualdade para os negros na sociedade brasileira.

comportamentos discriminatórios, como fica evidente no caput do artigo 1º, e também no caput do artigo 2º, da referida lei, os quais tratam como contravenção penal a recusa de estabelecimento comercial ou hospedagem por conta de preconceito de raça ou cor<sup>3</sup>.

O sistema penal brasileiro impõe que as contravenções penais recebam um tratamento mais brando do que o destinado aos crimes. Como a lei apenas reproduzia o pensamento de igualdade racial no país e não exigia a modificação do entendimento dos integrantes do sistema criminal – policiais, promotores e juízes – a conduta predominante era a de arquivamento das denúncias, o que caracterizava uma violação aos direitos das vítimas.

Afonso Arinos na década de 1980 disse que sua obra tinha eficácia, mas que materialmente não havia aplicação, já que quando é verificada a infração penal e feita a queixa na delegacia tudo se resolvia ali.

Para Santos (2009, p.229) “Arinos afirma que a Lei não é ineficaz pois está preservando a ordem social que mantém o negro – a vítima do racismo – na mesma situação de desigualdade perante o sistema penal judiciário.”

De certa forma, é possível estabelecer que o sistema judiciário - de forma inconstitucional - acabava por aplicar à discriminação racial o Princípio da Insignificância penal. Segundo a doutrina penal brasileira, a qual reverbera os ensinamentos italianos, considera-se que o Princípio da Insignificância é aplicável quando a conduta (em si típica e não considerada comum ou adequada pela sociedade) não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que se possa concluir pela existência de crime.

### **1.3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LUTA CONTRA O RACISMO**

A Carta Magna de 1988 inaugurou um novo período no ordenamento jurídico brasileiro, o qual passou a se caracterizar pela prevalência dos Direitos Humanos que

---

<sup>3</sup> **Art 1º** Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor.

Parágrafo único. Será considerado agente da contravenção o diretor, gerente ou responsável pelo estabelecimento.

**Art 2º** Recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de três meses a um ano e multa de Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros) a Cr\$20.000,00 (vinte mil cruzeiros).

efetivam o princípio da Dignidade Humana e do repúdio ao racismo.

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre o outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o antissemitismo. (HC 82.424, Rel. P/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2004.)

Sales Júnior (2009, p.74-76) esclarece que a atuação de congressistas negros como Abdias do Nascimento, Benedita da Silva e Carlos Alberto de Oliveira Caó mostram uma mudança de panorama no tratamento que o legislativo dispensava as questões relativas à população negra. A partir do projeto proposto pelo deputado Caó, a prática de racismo passou a ser considerada como crime. Depois de décadas de luta do movimento negro, a Constituição elegeu ao patamar de cláusula pétrea a proteção contra o crime de racismo.

Para entender os aspectos constitucionais relevantes no combate ao racismo, faz-se necessário a explanação doutrinária de alguns institutos como os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade.

### **1.3.1) O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, o qual se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito; serve de parâmetro para a devida interpretação dos ideais do sistema, pois garante definição racional e lógica, além de composição harmônica.

Para a maioria dos doutrinadores, a dignidade da pessoa humana não é vista pela maioria como um direito, em face dela não ser conferida pelo ordenamento jurídico. Na verdade, trata-se de um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social etc.

Por meio dos ensinamentos Miranda (1999, p.169) é possível sistematizar as características da dignidade da pessoa humana, como por exemplo: (a) a dignidade da pessoa humana é coletiva e individual; (b) a liberdade prevalece sobre a propriedade; (c) a proteção da dignidade das pessoas é universal e (d) a dignidade da pessoa tem como

pressuposto a autodeterminação da pessoa relativamente aos seus semelhantes e aos poderes públicos.

Um boa conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana é fornecida por Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (Sarlet, 2001, p. 60)

O preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece a universidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, afirma:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

A dignidade da pessoa humana foi elevada a categoria de princípio fundamental da República previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado, obrigando-o a respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

No Brasil, é real o esforço para a efetiva concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, seja no plano legislativo ou no jurisprudencial/doutrinário. Entretanto, é de se salientar as dificuldades econômicas e sociais de se implementar tal princípio.

Sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito jurisprudencial, assim afirma Gilmar Mendes:

No plano jurisprudencial, são inúmeras as decisões de nossos tribunais concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, como registra Uadi Lammêgo Bullos em levantamento, exemplificativo, ordenado sob os



seguintes títulos: habitação; portador de HIV; alienação fiduciária em garantia; doação feita por cônjuge, indenização por dano moral; requisição de informações a bancos e repartições públicas; paternidade; Serasa – não negativação do nome do devedor; internação do menor; e mudança de sexo. (Mendes, 2009. p.177)

Nota-se que poucos são os casos de racismo apreciados pela pelos tribunais brasileiros, tornando-se mais raros ainda nas cortes superiores: STF e STJ. O caso de grande destaque na cultura jurisprudencial brasileira pós-88 sobre racismo teve como ponto fundamental a colisão entre o princípio da dignidade humana (não sofrer discriminação) e o princípio da liberdade de expressão.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2, o ministro Nelson Jobim declarou o seguinte voto:

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente à deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base o compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade. (HC 82.424, Rel. P/ o ac. Min. Presidente Mauricio Corrêa, julgamento em 17/9/2004)

Percebe-se por parte do Ministro, e também será notado nos votos de outros membros do Supremo, que o racismo para o Poder judiciário brasileiro revela-se apenas sob o aspecto de ódio. Como aconteceu durante os anos de vigência da Lei Afonso Arinos, a jurisprudência brasileira continua a ignorar o racismo implícito, indireto, que nas relações raciais brasileiras é tão danoso quanto os crimes de ódio.

### **1.3.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Assim preceitua o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos” (BRASIL, 2012). Esse dispositivo constitucional consagra o princípio da igualdade.

A igualdade legal pressupõe um dos direitos básicos do cidadão. Toda a luta do movimento negro ao longo do Século XX foi a efetiva aplicação deste princípio. Não basta apenas que a lei reconheça que dois seres de raças diferentes sejam iguais formalmente, é necessário que o Estado provenha para que esta igualdade exista de forma material.

O Estado brasileiro tem enfrentado as desigualdades oriundas do racismo por meio de medidas conhecidas como ações afirmativas; sendo a adoção de cotas raciais no ensino superior brasileiro como a mais famosa delas.

As ações afirmativas possibilitam ao Estado a utilização de sistemas que possam reduzir as desigualdades, mesmo que eles aparentemente sejam discriminatórios, como ficou exposto pelo Supremo Tribunal Federal:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.(ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008)

O Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a ADPF 186 prestigiou uma nova fase no constitucionalismo brasileiro em relação a temática. O Ministro Joaquim Barbosa citou o poder de efetividade que o sistema de cotas empresta ao postulado da isonomia jurídica:

*[...]deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade(...)não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão em relação a uma parcela expressiva da sua população.(ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-5-2012, Plenário, DJE de 14-5-2012)*

### **1.3.3. INCISOS XLI E XLII, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Os incisos XLI e XLII concretizam a luta do movimento negro ao longo do processo de redemocratização do país. Ficou estabelecida a proibição de atos discriminatórios a quaisquer direitos e liberdades fundamentais.

Estes dois incisos estão ligados umbilicalmente aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, além de um dos objetivos fundamentais sacramentados no art. 3º da CF<sup>4</sup>.

A fiança – negada pela Constituição nos crimes de racismo – é fato jurídico de caucionar obrigação alheia, o que importaria em responsabilidade ou abonação. A fiança no direito processual penal não tem mais natureza fidejussória, ou seja, deixou de representar a confiança em alguém, o qual se obrigaria por outrem, e quando necessitasse, supriria a devida falta.

Hoje a fiança tem natureza de garantia real para o cumprimento das obrigações do beneficiário. A prestação financeira tomou o lugar na confiança da palavra. Távora (2012, p.657) diz que “a fiança é uma caução, uma prestação de valor para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado.”

O objetivo da fiança é obter a presença do agente a todos os atos da persecução penal com o intuito de evitar os efeitos dramáticos do cárcere preliminar. Caso venha ocorrer condenação, a execução de pena (no caso de multa), além do pagamento de indenização à vítima e o pagamento de custas processuais já estarão garantidos.

Importante é o fato de que mesmo que o crime de racismo seja inafiançável, o acusado pode obter liberdade. Com as alterações feitas, pela Lei 12.403/2011, no Código de Processo Penal, desde que não haja mais motivos que sustentem a prisão preventiva<sup>5</sup>, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319<sup>6</sup> deste Código e observados os critérios

---

<sup>4</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>5</sup> CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>6</sup> São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

constantes do art. 282<sup>7</sup>.

Quanto à prescrição, Greco (2012, p.711) a define como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

Com base no postulado de Jesus (2000, p.710) é possível aduzir que a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem tríplice fundamento: 1º) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato) 2º) a correção do condenado; e a 3º) a negligência da autoridade.

Logo, segundo o constituinte originário, como o crime de racismo é um crime de grave lesão à dignidade da pessoa humana, jamais poderá ser tal fato esquecido. É possível, também inferir, que os representantes populares na elaboração da CF/88 não acreditavam no ajustamento do criminoso racista ao longo do tempo.

Com maior destaque, tem-se o fato de que não será admissível a negligência das autoridades que durante toda a história jurídica brasileira trataram a prática de racismo como algo inexistente ou insignificante. Assim, o texto constitucional inaugura um novo

---

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

<sup>7</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

entendimento quanto a esse crime odioso não permitindo de forma alguma que o Estado abone-se, mesmo que por negligência, do seu direito de punir.

Após todo esse apanhado histórico e jurídico é nítida a evolução no tratamento legal dispensando ao crime de racismo. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a prática de racismo era encarada da mesma forma que “colocar um vaso de flor no peitoril de uma janela, uma vez que ela poderia cair e machucar alguém” (SOUSA, 2009, p.239) - visão contravencional do racismo. Agora esta infração discriminatória é equiparada a condutas tão grave como a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; visão criminal do racismo.

## **2. O BRASIL E A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO RACISMO**

Bobbio (1992, p.68) afirma que a Segunda Guerra Mundial é considerada o fato histórico decisivo da terceira fase do processo de universalização dos Direitos Humanos, pois Evento criou um consenso sobre a necessidade de estabelecer mecanismo de prevenção de atrocidades como as que foram cometidas durante os regimes nazi-facistas.

A efetiva sedimentação do Direito Internacional dos Direitos Humanos veio com o advento da Carta das Nações Unidas, em 1945, bem como com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, como destaca Simone Rodrigues:

A Carta foi a peça central na proclamação de princípios e valores a serem compartilhados pela sociedade internacional, demarcando como pilares do sistema internacional a igualdade soberana, a integridade territorial, a independência política dos Estados, a autodeterminação dos povos, a não intervenção nos assuntos internos, a resolução pacífica dos conflitos, a abstenção da ameaça ou uso da força, o cumprimento das obrigações internacionais, a cooperação internacional e o respeito e a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais sem discriminação. (RODRIGUES, 2000, p. 26).

A construção de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos capaz de responsabilizar os Estados pelas violações por eles cometidas, ou ocorridas em seus territórios, foi o entendimento depreendido dos documentos citados acima. Este sistema de proteção baseia-se na ideia de que todo Estado tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus habitantes com ônus da responsabilidade no caso de desrespeito (BOBBIO, 1992, p.30).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos resta efetivamente consolidado como disciplina jurídica autônoma, universalmente reconhecida, promovendo, com seu surgimento, a responsabilização dos Estados por violações de direitos humanos, relativizando, pois, a soberania (antes absoluta) dos Estados, e consolidando o reconhecimento definitivo de que a pessoa humana é *sujeito de direito* em âmbito internacional, como exposto por Ivair dos Santos (2009, p.93):

O sistema de Direitos Humanos, compreendido como o conjunto de instituições nacionais e internacionais que monitora a implementação dos tratados internacionais, enfrenta sempre dificuldades para atender à demanda crescente de situações de violação dos direitos. Este sistema depende da sociedade civil organizada, com autonomia de ação internacional e em condições de oferecer as denúncias de violação. Isto implica a necessidade de estrutura investimentos e quadros técnicos que conheçam direito internacional voltada para Direitos Humanos.

E descreve a nova fase inaugurada pela Declaração Universal:

Com a Declaração de 1948, tem início a uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, *universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (SANTOS, 2009, p.95)

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - fundada nos princípios da *liberdade*, da *igualdade* e da *fraternidade*, além de enunciar a todos os povos e nações a primazia da dignidade da pessoa humana, como centro e fonte de todos os valores - consolidou-se, desde então, como um dos mais importantes documentos sobre direitos humanos.

## **2.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Piovesan (1997, p.223) ensina que o sistema interamericano de Direitos Humanos tem como pilares dois regimes: o primeiro é a Convenção Americana e o outro é a Carta da Organização dos Estados Americanos.

A Convenção Americana conhecida como Pacto de São José da Costa Rica é o instrumento de maior importância dentro do sistema interamericano de direitos humanos, ela foi assinada em 22 de novembro de 1969 em São José na Costa Rica (PIOVESAN, 1997, p.223).

Cançado Trindade (2003, p.46) afirma que com o início da vigência da Convenção Americana ficou estabelecido que as normas deste tratado seriam aplicados também aos Estados Não-Partes.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, segundo Cançado Trindade (2003, p.50) é bifásico, pois é composto por dois órgãos distintos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Estes órgãos não são permanentes, reunindo-se em períodos pré-determinados de

sessões.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão autônomo pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA), representando todos os seus países membros, tendo sua sede em Washington.

Conforme Cançado Trindade (2003, p. 50) a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos passou a receber e examinar reclamações de indivíduos contra violações aos direitos humanos ocorridas nos Estados-membros. A Comissão é composta de sete membros, que sempre deverão ser pessoas de alta autoridade moral e com conhecimento em matéria de direitos humanos.

Teixeira e Amaral (2010, p. 4-12) marcam duas características importantes da Comissão: Até mesmo os Estados que não ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem ser supervisionados e penalizados internacionalmente pela Comissão por violações aos direitos humanos previstas na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Diferentemente dos demais órgãos da OEA, a Comissão possui direito irrestrito de solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional, possuindo competência consultiva e contenciosa, sendo composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos pelos Estados-partes da Convenção (PIOVESAN, 1997, p.234-235).

Piovesan (1997, p.236) destaca, ainda, que ao exercer sua competência consultiva, a Corte poderá apresentar pareceres relativos à interpretação do Pacto de São José da Costa Rica ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

É importante observar que nem todos os Estados Americanos que depositaram a carta de adesão a Convenção Americana de Direitos Humanos, neles se incluindo, os Estados Unidos e outros, reconheceram a competência da Corte para o exercício de suas funções jurisdicionais. (PIOVESAN, 1997, p. 238)



## 2.2. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

O contexto histórico pós-guerra e as lutas pela criação de um sistema de proteção de Direitos Humanos constituíram o embrião da luta contra a discriminação racial. Contudo, foram três fatos históricos que levaram a criação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CEDR).

O primeiro fato histórico a ser ressaltado é o ingresso de dezessete novos países africanos na ONU em 1960. Com o fim da Segunda Guerra e do modelo neocolonialista europeu na Ásia e na África, muitas colônias lutaram e conseguiram sua independência. A entrada de tais países africanos é o marco da luta de um continente africano unido no combate ao racismo e suas maléficas consequências.

A realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Alinhados, em Belgrado, em 1961, foi outro fator a impulsionar a CEDR. Tal cúpula dimensionava o surgimento de uma terceira via à polarização EUA (capitalismo) *versus* União Soviética (socialismo).

Os participantes da referida conferência ansiavam por discussões que tratassem de suas necessidades básicas tais como luta contra a pobreza e o subdesenvolvimento, além da temática étnico-racial.

O terceiro marco que impulsionou o surgimento da CEDR foi o ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa. A volta de grupos nacionalistas de extrema direita começou a preocupar organizações de direitos humanos, a ameaça de um novo holocausto apressou a tomada de decisão por parte dos governantes como ficou exposto na parte preambular do documento da Convenção:

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum, Reafirmando que a discriminação entre os homens por motivos de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo a relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado até dentro de um mesmo Estado. Convencidos que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de quaisquer sociedades humana, Alarmados por manifestações de discriminação racial em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de apartheid, segregação ou separação. (BRASIL. Decreto nº 65.810, 1969)

De início, o texto da Convenção estabelece o sentido de discriminação racial:

[...] significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida. (BRASIL. Decreto nº 65.810, 1969)

Interessante ressaltar que o Artigo 1º da citada Convenção propõe a adoção de ações afirmativas para diminuir os abismos entre diferentes grupos étnico-raciais.

Assim, proclama a redação oficial:

Não serão consideradas discriminações raciais, as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL. Decreto nº 65.810, 1969)

Rocha leciona de forma contundente:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é assegurada na Constituição Federal, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais e como cidadania não combina com desigualdades, ela é então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias. (Rocha, 1996, p. 283-295)

Com o mesmo entendimento Sarmento afirma que:

Ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos. (Sarmento, 2007, p. 187-215)

Como citado no capítulo de aspectos constitucionais, no Brasil, a adoção do sistema de cotas raciais nas vagas das universidades federais é o mais famoso exemplo de ações afirmativas para a população negra. Após longos anos de debates doutrinários e jurisprudenciais chegou-se ao entendimento de que tal medida é constitucional.

Por unanimidade o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília não feria o princípio da igualdade. Na interpretação do Guardião da Constituição, este modelo referenda a verdadeira

aplicação do aludido princípio: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais dentro de suas referidas desigualdades” como pregava Aristóteles.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi primorosa ao exigir de seus Estados Membros medidas que possam coibir a discriminação racial; faz-se notável a condenação à propaganda que incite a discriminação e segregação racial. Diz a Convenção em seu artigo IV:

Os Estados partes condenam toda propaganda e toda as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de certa cor ou de certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
  - b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividades de propaganda que incitar à discriminação e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
  - c) a não permissão às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.
- (BRASIL. Decreto nº 65.810, 1969)

O Brasil adotou por meio da Lei nº 7.716 de 1989 penas de reclusão e multa, para os delitos ligados à disseminação de propaganda com conteúdo racista e discriminatório. Convém destacar que a lei penal condena apenas o uso da suástica para fins de divulgação da ideologia nazista.

Assevera Silveira:

A caracterização desse especial fim de agir não reivindica uma compreensão hermética ou doutrinária do “nazismo”, devendo ficar claro, no mínimo, a simpatia pelo antissemitismo ou a cólera contra outras minorias, o recurso a métodos violentos, o apego à formação paramilitar ou a adoração à figura de Hitler. (Silveira, 2006, p.228)

Na estrutura jurídica dos direitos humanos, a existência de meios que possibilitem o acesso a prestação jurisdicional, como forma de se evitar a violação dos princípios consagrados nos Tratados Internacionais torna-se primordial.

No Brasil, o direito de petição foi elencado com valor constitucional. A

convenção garante aos indivíduos o direito à proteção e recursos perante o Poder Judiciário e demais órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que violem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial estipulou os órgãos nacionais como destinatários das reclamações acerca de violações de direitos humanos.

Todo Estado Parte poderá declarar a qualquer momento que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição que se consideram vítimas de uma violação pelo referido Estado Parte, de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção. O Comitê não receberá qualquer comunicação de um Estado Parte que não houver feito tal declaração 2. Qualquer Estado Parte que fizer uma declaração de conformidade com o parágrafo do presente artigo, poderá criar ou designar um órgão dentro d sua ordem jurídica nacional, que terá competência para receber e examinar As petições de pessoas ou grupos de pessoas sob sua jurisdição que alegarem ser vítimas de uma violação de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção e que esgotaram os outros recursos locais disponíveis. (BRASIL. Decreto nº 65.810, 1969)

Já o sistema americano de direitos humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos o dever de receber e averiguar as demandas dos cidadãos.

Para que a petição seja aceita pela Comissão, será necessário: a) que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional e; d) que no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição (BRASIL. Decreto nº 678, 1992).

Segundo Santos (2009, p.127), quando a Comissão reconhecer que a petição possui os requisitos legais de admissibilidade adotará procedimentos voltados para a solução do problema apontando-a nas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais normas internacionais aplicáveis ao caso em análise.

Segundo a Convenção, compete ao Estado a responsabilização no sentido de satisfazer ou reparar, de forma justa e adequada, o dano que o cidadão foi vítima.

Vieira Júnior (2004) assenta que quando há violação de direitos humanos a responsabilidade do Estado é objetiva. O grande marco deste tipo de responsabilidade é a desnecessidade de o lesado provar que havia dolo ou culpa na conduta estatal.

Para se comprovar a responsabilidade objetiva, são necessários apenas três pressupostos. O primeiro é a ocorrência da conduta estatal – seja ela comissiva ou omissiva, legal ou ilegal. O dano é o segundo pressuposto a ser demonstrado, Carvalho Filho (2009, p.533) ressalta que não importa a natureza do dano, pois tanto o dano patrimonial quanto o moral são indenizáveis. Por último, deve o lesado demonstrar que houve nexo causal entre a conduta estatal e o dano.

Sobre o pensamento da responsabilidade civil do Estado, afirma Vieira Júnior:

[...] o pleito por reparação pode ser individual ou coletivo. Na hipótese desse último, a medida processual adequada seria a ação civil pública que abrange as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive o interesse coletivo dos negros “à igualdade, à não discriminação, à incolumidade moral e à proibição de tratamento degradante” previsto no ordenamento jurídico-constitucional (Junior 2002, p.57 *apud* Vieira Júnior, 2004, p.41)

Condutas discriminatórias cometidas por particulares, mas que não são devidamente punidas pelo Estado ensejam a condenação deste último. O grande exemplo deste tipo de responsabilização ficou evidenciado no caso Simone Diniz.

### **2.2.1. CASO SIMONE ANDRÉ DINIZ**

Santos (2009, p.434) conta que, no dia 5 de março de 1997, Simone A. Diniz relatou a polícia da capital paulista que foi vítima de um crime racial. A denúncia era contra Aparecida Gisele Mota da Silva que publicou no jornal Folha de São Paulo, em 02.03.97, uma oferta de trabalho para doméstica, mas que só candidatas “preferencialmente da raça (cor) branca” seriam aceitas.

Segundo depoimentos colhidos pela polícia, no curso da investigação dos fatos, ao ligar para o número que constava no anúncio foi atendida pela senhora Maria Tereza – pessoa designada por Aparecida para atender os telefonemas das candidatas - a qual lhe perguntou a cor da sua pele, ao que respondeu em seguida dizendo ser negra. Logo, foi informada que não preenchia os requisitos para emprego (SANTOS, 2009, p. 435).

Aparecida Gisele foi acusada por Simone de ter violado o artigo 20 da Lei Caó, de nº 7.716/89, alterada pela Lei 8081/90, cujo texto consta que é crime “*praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza,*

*a discriminação ou preconceito por raça, religião, etnia ou origem. Pena: reclusão de dois e cinco anos”* (SANTOS, 2009, p. 435).

A acusada e o seu marido confirmaram para a autoridade policial o conteúdo do anúncio do jornal e da ligação anteriormente mencionada. Disseram, sem meias palavras, que só contratariam mulheres da “raça” (cor) branca porque as negras batem nas crianças confiadas à sua guarda. Justificaram essa preferência pela raça (e cor) por que os seus filhos ficaram traumatizados com as agressões praticadas por uma ex-empregada negra, mas não comprovaram juridicamente tal fato (SANTOS, 2009, p. 435).

Concluído o inquérito policial, os autos foram remetidos ao Ministério Público. Após ter feito sua análise, o promotor requisitou ao juiz que os arquivasse por não haver provas que atestassem o dolo da acusada – a verdadeira intenção de discriminar alguém por causa da cor e/ou raça. Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias no Brasil, o dolo de discriminar (condição subjetiva do agente) é fundamental para atestar a consumação dos crimes raciais previstos na Lei Caó (SANTOS, 2009, p. 435).

Segundo Simone e os demais peticionários, a justiça brasileira negou-lhe acesso à justiça (e justiça) por causa da sua raça e/ou cor, alegaram ainda, que esse tipo de negação é uma rotina racial institucionalizada no cotidiano da justiça brasileira, que viola as garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, resumiu Santos:

Os peticionários alegaram que o Estado brasileiro violou os direitos da senhora Simone André Diniz, concernentes ao cumprimento do disposto nos artigos 1º (1), 8º, 24 e 25 da Convenção Americana e, em função do artigo 29 desse mesmo instrumento, os artigos 1º, 2º (a), 5º (a) (I) 6º DA Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Assim, os peticionários solicitaram a responsabilização do Brasil pela violação dos direitos acima mencionados, a recomendação para que o Estado procedesse à apuração e investigação dos fatos, indenização e publicidade sobre a resolução do presente caso a fim de prevenir futuras discriminações baseadas em cor ou e raça. (Santos, 2009, p. 436)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que a República Federativa do Brasil era responsável pela violação do direito de igualdade perante a lei, de proteção judicial e das garantias judiciais consagradas, respectivamente, nos artigos 8º, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

### 3.O COMBATE AO RACISMO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Após as incursões feitas nos âmbitos constitucional e internacional, relativas ao combate ao racismo, realizadas nos dois primeiros capítulos, agora a questão será abordada na legislação penal.

No caso do racismo no Brasil, era imprescindível o uso do sistema penal para que houvesse mudanças no modo como a sociedade enfrentava essa prática.

O Projeto de Lei nº 668 de 1988, de autoria do deputado federal Carlos Alberto de Oliveira (nacionalmente conhecido como “CAÓ”), apresentado três meses após o encerramento da Assembléia Constituinte, foi aprovado e transformado na Lei nº 7.716. Abaixo a justificativa apresentada pelo excelentíssimo deputado:

[...] o negro deixou, sem dúvida, de ser escravo, mas não conquistou a cidadania. Ainda não tem acesso aos diferentes planos da vida econômica e política. É mais do que evidente que as desigualdades e discriminações raciais marcam a sociedade, o Estado e as relações econômicas em nosso País. Passados cem anos da Lei Áurea, esta é a situação real. (...) A lei n. 1.390, de 3 de julho de 1951, que caracteriza a prática do racismo como contravenção penal, cumpriu à sua época e tempo, o papel de acautelar e diminuir o cometimento odiando do racismo. Tornar-se imperiosa, porém, uma caracterização mais realista de combate ao racismo, configurando-o como crime assim definido em lei. Com a prática do racismo, tornando-se crime, e com penas que possam ser sentidas no seu cumprimento, será possível que o Brasil saia do bloco de países discriminadores (embora tenha vergonha de admitir a existência de tipo de discriminação em seu território), porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou logradouros públicos.” (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, 12 de maio de 1988, p. 1.700)

Segundo Sales Júnior (2009, p.76), esta nova lei tinha o potencial de acabar com a lacuna jurídica nos crimes de ordem racial deixada pelo Código Penal. Infelizmente, o tempo iria mostrar que as práticas sociais e, principalmente, jurídicas impediriam uma plena efetivação do trabalho legislativo do deputado Caó.

Já Silveira (2006, p. 25) ensina que o texto original da Lei Caó pecava, em algumas partes pela falta de técnica de elaboração legislativa e que isto foi um grande obstáculo na utilização da lei para combater o racismo. Por isso, neste trabalho, será utilizado o texto com suas alterações mais recentes com o intuito de atender o objetivo de demonstrar a força da lei no enfrentamento à discriminação racial.

#### 3.1. CONCEITUAÇÃO

Dada que a legislação penal de termos tais como “raça”, “etnia”, “religião” e

“procedência nacional”, faz-se necessária a explanação prévia do sentido desses termos, antes de adentrar nas especificidades tratadas pelo legislador brasileiro<sup>8</sup>.

### **3.1.1. RAÇA**

Pelo atual estágio de desenvolvimento e reflexão que se encontram as ciências exatas (biológicas) e humanas, é inadmissível a divisão do ser humano em raças, como imperava em meados do século passado. Por raça, entende-se que há apenas uma: a raça humana, a qual possui características fenotípicas diferenciadoras em função de fatores exógenos e endógenos.

A conceituação de raça tem sua importância, no atual contexto, para análises antropológicas, sociológicas e até jurídicas. Nessa mesma linha de pensamento, os sociólogos Outhwaite e Bottomore afirmam que:

(...) o que se pode ser dito para a definição do termo 'raça' é que, corretamente usado em um sentido científico, é um termo taxonômico de limitada utilidade. É irrelevante para a explicação de diferenças políticas entre os seres humanos. O uso popular da terminologia racista significa, porém, que existem muitas situações em que grupos de física e culturalmente distinguíveis são definidos como raças, e quando tais definições são adotadas temos o que se pode chamar situações de relacionamento racial, mesmo que os grupos envolvidos não sejam raça em um sentido científico. (Outhwaite, Bottomore, 1993, p.639 apud SILVEIRA, 2006, p. 77-78)

Tem-se, então, que não são as qualidades biológicas inatas do grupo que definem um grupo humano como raça, mas, sim, a presença de um discurso racial que permeia as relações intergrupais. Assim, constata-se que as diferenças culturais e/ou físicas entre determinados grupos não criam a ideia de raça.

Barros (2009, p.217-223) elucida que a construção de “cor” no Brasil remete a classificação de raça. A cor também é uma construção política, esta partícula (cor) tem do ponto de vista jurídico, a mesma natureza normativa de raça para a denominação dos crimes de racismo.

### **3.1.2. ETNIA**

Etnia é considerada uma categoria antropológica, mais ligada a elementos culturais do que a biológicos, pois está intimamente ligada a fatores como língua e religião.

---

<sup>8</sup> O prólogo da lei nº 7.716/89 estabelece que esse instrumento legal é o responsável em definir os “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça ou de cor”.



Bobbio (1997, p. 449) declara que etnia “é um grupo social cuja identidade se define pela comunidade da língua, cultura, tradições, monumentos históricos e território”. O mestre italiano ressalta que não se faz uso da raça como critério essencial da definição de etnia; disciplina, ainda, que não se pode confundir o conceito em estudo com o significado de Nação, o qual é criado por força do Estado, diferentemente das etnias, que se formam sem a intervenção do poder político.

### 3.1.3. RELIGIÃO

A religião pode ser entendida genericamente como uma organização que determina uma estrutura de funções específicas com uma hierarquia diferenciada para seus respectivos papéis. Silveira prefere ver a religião sob quatro visões distintas:

[...] como *conceito* (crença, aspecto intelectual, suporte de ideias acerca da humanidade e do mundo); como *cerimônia* (aspecto ritualístico, culto, liturgia – regras de contato com o sagrado); como *organização* (aspecto normativo, regras impostas aos membros eclesiásticos e aos devotos); e como *experiência* (aspecto de emotividade). (Silveira, 2006. p.95)

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro garante proteção ao direito à prática religiosa. A Constituição Federal, sob a forma de cláusula pétrea, esculpiu a livre manifestação desse direito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Contudo, a Lei Maior preserva a laicidade da República Federativa do Brasil:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

A legislação penal também condena ataques a este bem jurídico. O Código penal, em sua Parte Especial, estabelece detenção de 1(um) mês a 1(um) ano ou multa a quem “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” (BRASIL, decreto-lei no 2.848, 1940, art. 208).

Já a lei que define os crimes de abuso de autoridade, lei nº 4.889/1965, tipifica qualquer atentado ao livre exercício do culto religioso como infração.

A Lei Caó não se limita a proteger o culto religioso, pois amplia o rol dos crimes de intolerância religiosa. A discriminação religiosa pode ou não ter sintonia com casos de racismo.

Exclusivamente, nas situações em que a discriminação religiosa estiver ligada a elementos de prática racista é que será possível a aplicação dos institutos penais da inafiançabilidade e da imprescritibilidade. Da seguinte maneira expressa Silveira:

Vê-se que a Lei n. 7.716/89 (em razão alteração proporcionada pela Lei n.9.459/97), não criminaliza apenas o racismo, mas, de forma ampla, os comportamentos que denotam intolerância religiosa. Ainda que elementos racial e religioso possam misturar-se, foram previstos dois fenômenos distintos. E, quando o ato discriminatório for motivado, única e exclusivamente, por preconceito de caráter religioso (preconceito de uma fé contra outra, ou de uma fé contra a ausência de fé), têm lugar as punições previstas na Lei n.7.716/89, mesmo que aquele não possua feições de racismo (preconceito religioso *tout court*). (Silveira, 2006, p.98)

#### **3.1.4. PROCEDÊNCIA NACIONAL**

A proteção aos estrangeiros assume caráter de garantia fundamental na Constituição de 1988. São garantidos a eles os direitos à inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. As únicas discriminações permitidas são as que a própria Constituição elenca.

Importante ressaltar que os termos racismo e xenofobia exprimem conceitos diferentes. A xenofobia, por ser uma ideologia baseada na segregação das identidades culturais diferentes, prevê a aceitação de estrangeiros e imigrantes, com a condição de que eles façam uma assimilação cultural do(a) ser/instituição xenófobo(a) (SILVEIRA,

2006, p. 112).

Portanto, por mais complicado que pareça ser delimitar as barreiras entre xenofobia e racismo (isso quando for possível fazer tal distinção), há uma independência, no trato desses conceitos, por parte da lei nº 7.716/89. Assim, como no tópico acerca da discriminação religiosa.

Conforme afirma Silveira:

A repulsa aos estrangeiros pode utilizar a plataforma do discurso racista – a superioridade física e/ou cultural de grupo autóctone sobre o grupo imigrante. Neste caso, a discriminação relativa à procedência nacional mescla-se com o preconceito de raça, cor ou etnia de forma inextricável. Apenas nesta hipótese admitir-se-ia a aplicação das notas constitucionais da imprescritibilidade e da inafiançabilidade (art. 5º, XLII, da CR/88). (Silveira, 2006, p.120)

Por fim, uma constatação deve ser apresentada: a discriminação decorrente de procedência nacional abrange também situações contra descendentes de estrangeiros, os quais mesmo nascidos em território brasileiro desenvolvem laços com a comunidade de seus ascendentes/antepassados.

### **3.2. PARTE ESPECIAL – CRIMES RACIAIS EM ESPÉCIE**

O texto original da Lei Caó não alterava o sistema imposto por Afonso Arinos, ou seja, o crime de racismo continuava baseado no local em que era praticado. Entretanto, Santos (2009, p.441-444) afirma que com as alterações feitas por meio da lei nº 9.459, houve a inclusão de ações, mais adequadas à realidade social, tais como a indução ou incitamento à prática discriminatória, independentemente do local utilizado.

Este trabalho não analisará todas as formas descritas, pois a diferença entre vários artigos é apenas o local da prática de racismo. Assim, somente, duas práticas tipificadas pela Lei 7.716/89 (discriminação no mercado de trabalho, pois representará como o crime é abordado de forma genérica pela lei; e o art. 20 que trata do incitamento e da propaganda motivadora de práticas racistas), além do §3º do art.140 do Código Penal terão suas especificações detalhadas.

#### **3.2.1. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE RACISMO**

Em primeiro lugar, tem-se como sujeito ativo – aquele que pratica a ação

descrita no tipo legal - do crime de racismo qualquer pessoa (física ou jurídica), nas condutas comissivas de “impedir”, “induzir” ou “praticar”; a classificação é de crime comum.

Em relação às condutas que tratam dos verbos “negar” e “recusar”, a autoria do crime é restringida a um determinado grupo de pessoas, como se observa no art.4º - “Negar ou obstar emprego em empresa privada” - o qual será o proprietário ou funcionário responsável pela contratação da vítima; nestes casos, a classificação será de crime próprio.

Como a lei nº 7.716/89 não tratou expressamente da formação de quadrilha ou bando prevalece o disposto no artigo 288<sup>9</sup> do Código Penal e na Lei nº 9.034/95<sup>10</sup>.

Os titulares do bem jurídico ofendido ou ameaçado pela prática do crime, também denominados de sujeitos passivos, são a pessoa ou grupo de pessoas que sofrem discriminação por meio de impedimentos ou obstruções de direitos (GRECO, 2012, p.144).

De forma sintética, Nucci (2009, p.175) ensina que “o objeto material é o bem, de natureza corpórea ou incorpórea”. Por exemplo, no caso do art. 4º da lei nº 7.716/89, o objeto material violado é o acesso a emprego em empresa privada, por motivos de discriminação tipificados na lei.

O objeto jurídico no art.4º é a tutela do direito à igualdade, o respeito à personalidade e à dignidade da pessoa humana, pois estes são os interesses protegidos pela norma penal.

Nucci (2009, p. 192) define que o elemento subjetivo de um crime é relativo à consciência do autor do delito em praticá-lo. Quando o agente desejar o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, tem-se um crime doloso. Entretanto, quando o agente causar o resultado por imprudência, negligência ou imperícia, o elemento subjetivo do crime é a culpa.

Como a lei não elencou qualquer hipótese de modalidade culposa para o crime de racismo, conforme dispõe art.18, II, do Código Penal, esses crimes são exclusivamente dolosos.

---

<sup>9</sup>Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:  
Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

<sup>10</sup>Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

De acordo com o Welzel:

[...] toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (=dolo do tipo). (Welzel, 1987, p.77)

Uma questão com grande divergência é saber se a figura do dolo eventual é aplicável nos crimes de racismo. Segundo Silveira (2006, p.149) é possível, ao menos em tese, mesmo que exista a necessidade de comprovar o elemento subjetivo destes crimes: o motivo de preconceito racial.

Para justificar tal entendimento, Silveira cita os seguintes exemplos:

Um psicólogo, colaborando no processo de contratação de estagiários de uma grande empresa, antipatiza com uma das candidatas por questão de preconceito racial, e pensa: “Ao invés de descartar, de plano, a candidata, prefiro levantar algumas dúvidas sobre seu rendimento na entrevista. Pouco me importa que ela seja prejudicada! A Diretoria que decida!” Neste caso, embora não se possa dizer que o autor tenha perseguido diretamente a exclusão da candidata, representou o resultado como o de ocorrência possível, assumindo o risco de sua eventual produção (art. 18, I, parte final, do CP). Um compositor, imbuído de preconceito racial, tece comentários pejorativos sobre determinada etnia em uma de suas músicas, fazendo pouco caso da repercussão de incitação ao racismo que a letra possa ganhar. (Silveira, 2006, p.150)

Mirabete (2005, p.167) adota um discurso mais conservador e discorda veementemente desta proposição, pois acredita que haveria uma subversão da culpa em dolo eventual.

A dificuldade em provar o dolo eventual é o maior obstáculo ao entendimento defendido por Silveira.

O momento de consumação dos crimes de racismo acontece com a efetiva prática discriminatória. Por exemplo, no art.3º é com o efetivo impedimento ou obstrução do acesso ao cargo, independentemente do posterior acesso do sujeito passivo ao cargo pretendido.

A tentativa, por sua vez, só é admitida quando o *iter criminis* for fracionável. *Iter criminis* é uma expressão latina que significa “caminho do crime” e é entendida como o conjunto de fases ou atos que se sucedem para o alcance do intento criminoso. O *iter criminis* é composto pelas fases de: a) cogitação.; b) preparação (atos preparatórios); c) execução (atos de execução); d) consumação (*summatum opus*); e) exaurimento (GRECO, 2012, p.245).

### 3.2.2. CRIMES SELECIONADOS

#### a) DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO MERCADO DE TRABALHO

O artigo 4º é a reprodução genérica dos crimes tipificados pela Lei nº 7.716. Nota-se que a tipificação crime de racismo está extremamente ligada ao local de ocorrência da prática discriminatória<sup>11</sup>.

Além das observações feitas em outros tópicos, é fundamental destacar o texto do §2º, pois há punição para empregadores que exijam atributos de aparência próprios de raça ou etnia sem que essas exigências sejam necessárias para exercer as atribuições do emprego ofertado.

Conectada à realidade social, a legislação do Distrito Federal proibiu uma prática racista corriqueira de empregadores: a exigência de “boa aparência”. De acordo com a Lei nº 1.740 /1997<sup>12</sup>, é proibido o uso da expressão “boa aparência” ou similares em anúncios de oferta de emprego. Exigem-se, também, dos anunciantes o número de vagas disponíveis e as qualificações exigidas de forma detalhada.

Para que haja condenação do sujeito com base no art.4º, é necessário que a conduta da empresa em preterir um dos candidatos - por preconceito racial, desprezando outras qualidades como eficiência e experiência - apresente-se evidente.

#### b) PRATICAR, INDUZIR OU INCITAR A DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO RACIAL

---

<sup>11</sup> Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

<sup>12</sup> Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º Ficar sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

<sup>12</sup> **Art. 1º** Fica proibido o uso da expressão "boa aparência" ou similar em anúncios de recrutamento de pessoal.

*Parágrafo único.* O disposto no *caput* aplica-se às empresas públicas, às sociedades de economia mista, às empresas privadas, às firmas individuais, às entidades beneficentes, às fundações e às pessoas físicas instaladas ou domiciliadas no Distrito Federal que determinem a publicação de anúncios de recrutamento de pessoal.

A grande proeza do artigo 20 da lei nº 7.716 é a ampliação do que a legislação entendia como racismo<sup>13</sup>. A enorme conceituação do verbo **praticar** permite enquadrar qualquer conduta discriminatória, desde gestos, sinais ou expressões (faladas, escritas ou corporais). O verbo **induzir**, por sua vez, remete a inspirar, inculcar a ideia em quem não a possui; **incitar** é definido como a ação de estimular a prática desejada. (NUCCI, 2009, p.652)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo define o racismo nos seguintes termos:

Racismo – Caracterização – Artigo 20 da Lei 7.716/89 – Condutas do réu que se subsumem nos três núcleos do tipo em comento – Hipótese em que o réu não só praticou a discriminação e o preconceito de religião como induziu e incitou terceiros a fazê-lo – Atitudes e palavras do réu que extrapolam os limites da crítica e da pregação religiosa, resvalando na aversão a outros credos – Irrelevante para a consumação do delito que tenham sido despertados ou não nos telespectadores sentimentos discriminatórios ou preconceituosos – Suficiente o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado – Recurso não provido” (TJSP – 2ª Câmara Criminal. Ap. Criminal. 238.705-3 – São Paulo – Rel. Geraldo Xavier – 10-11-1999 – v.u).

Para os crimes desse artigo, não é preciso que se tenha a produção do resultado naturalístico para a consumação do delito.

Nas modalidades do crime, tipificadas pelo artigo 20, o bem jurídico tutelado é a “paz pública”, em razão do receio de que o preconceito difundido por toda sociedade provoque instabilidade no sistema social (SILVEIRA, 2006, p.214).

---

<sup>13</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Quando há discriminação ao direito de manifestação cultural e de reivindicação de identidade de comunidades específicas, há a configuração do *caput* do art.20. Por exemplo, proibição à realização de “paradas de orgulho negro”, atendidos os limites constitucionais, infringe o dispositivo legal (SILVEIRA, 2006, p.215).

O art.20 é considerado uma espécie de injúria coletiva, quando há ataque a uma coletividade. Contudo, quando seja possível separar do discurso racista o ataque à honra específico (pessoas ou grupo de pessoas), estará configurado o crime de injúria qualificada.

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito da prática de preconceito por meio de instrumentos de comunicação social<sup>14</sup> ou publicações de qualquer natureza, decidiu que a edição e venda de livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias denota comportamento racista, pois de todo modo o agente pratica uma conduta discriminatória e estas condutas caracterizam-se como crime formal, ou seja, não se exige a realização do resultado material para a sua configuração<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>Rádio, televisão, livros, revistas, panfletos, etc.

<sup>15</sup> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA.

I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus – se os mesmos seriam raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no decisor.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada. (HC 15155/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 18/03/2002, p. 277)



### c) CRIME DE INJÚRIA RACIAL (§ 3º ART. 140, CÓDIGO PENAL)<sup>16</sup>

Prado (2011, p.297) trata a injúria preconceituosa como uma conduta do agente que intenta ofender a dignidade ou o decoro da vítima utilizando-se de referências à raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

O autor citado acima destaca que a única diferença entre a injúria simples e a injúria racial, em relação aos efeitos de tipicidade, está ligada ao modo de execução conduta, ou seja, os meios são o uso de elementos racistas, mas que tem por intento atingir a honra do sujeito (PRADO, 2011, p. 298).

Como o crime de injúria é classificado como formal, não existe a necessidade de comprovação de que o ofendido sentiu-se atingido na sua dignidade ou decoro pela ofensa racista. O crime é consumado quando a ofensa torna-se de conhecimento da vítima. (NUCCI, 2009, p. 732)

O crime de injúria racial foi legislado com o fim de diminuir a impunidade dos crimes de racismo, pois os magistrados acabavam por desclassificar as práticas racistas, principalmente pela aparente inexistência de dolo, para injúria simples, como observado no HC 18.620/PR<sup>17</sup>, julgado pelo STJ, onde A imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste, importa no crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, e não de racismo.

A desclassificação do crime de racismo para injúria propicia uma série de eventos penais e processuais. O primeiro é que não há a aplicação das determinações

---

<sup>16</sup> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

<sup>17</sup> PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE RACISMO.

1. DENÚNCIA QUE IMPUTA A UTILIZAÇÃO DE PALAVRAS PEJORATIVAS REFERENTES À RAÇA DO OFENDIDO. IMPUTAÇÃO. CRIME DE RACISMO. INADEQUAÇÃO. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO DE INJÚRIA QUALIFICADA PELO USO DE ELEMENTO RACIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. 2. ANULAÇÃO DA DENÚNCIA. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO. 3. RECURSO PROVIDO.

1. A imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste, importa no crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, e não de racismo.

2. Não tendo sido oferecida a queixa crime no prazo de seis meses, é de se reconhecer a decadência do direito de queixa pelo ofendido, extinguindo-se a punibilidade do recorrente.

3. Recurso provido para desclassificar a conduta narrada na denúncia para o tipo penal previsto no §3º do artigo 140 do Código Penal, e, em consequência, extinguir a punibilidade do recorrente, em razão da decadência, por força do artigo 107, IV, do Código Penal.

(HC 18.620/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 28/10/2008)

constitucionais da inafiançabilidade e da imprescritibilidade; em sentido contrário ao entendimento da doutrina majoritária, Roberto Brayner Sampaio defende que a conduta da injúria racial é imprescritível por ser uma violação de direitos humanos (SAMPAIO *apud* SANTOS, 2009, p.264-265).

Nesse sentido, Santos afirma:

Segundo a tese do promotor [Sampaio], se a injúria trata da qualificação de racismo, o tipo penal teria de ser, da mesma forma, um crime imprescritível. Por que o tipo de injúria discriminatória dificulta a possibilidade da vítima de exercer seu direito à petição, já que está sob o prazo decadencial? A questão central é que, ao transformar-se em injúria, mesmo que qualificada, a Constituição de certa forma é desrespeitada, pois os direitos da vítima não são garantidos, já que a intenção do legislador foi qualificar o racismo previsto na Constituição como inafiançável e imprescritível. (Santos, 2009, p.265)

Ao ser desclassificada para injúria, a prática racista deixa de ter caráter de ação pública incondicional – regime imposto aos crimes de racismo – que é de iniciativa do Ministério Público, para ser considerada ação privada, a qual deve ser conduzida pela vítima. Este detalhe é importante, pois ao analisar-se a condição socioeconômica do país – onde muitas das vítimas não têm condições financeiras de manter um advogado e as defensorias públicas, que quando existem, não tem estrutura para atender essas demandas – percebe-se a falta de efetividade da lei. .

Ressalta-se que a injúria racial proferida no calor da discussão não afasta a responsabilidade penal, mas pode ser considerada como atenuante (estado emocional do agente) pelo juiz na fixação da pena-base. É inadmissível o perdão judicial, pois as hipóteses elencadas pelo Código Penal estão adstritas ao crime de injúria simples.

Por fim, cabe reforçar que nos casos em que a vítima seja funcionário de empresa privada, mesmo que prestadora de serviços à entidade federal, o julgamento da indenização por danos morais será da justiça trabalhista<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO RACIAL SOFRIDA POR PRESTADOR (TERCEIRIZADO) DE SERVIÇOS DA CAIXA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (CC 97.458/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2011, DJe 29/06/2011)

## **4. O COMBATE AO RACISMO NA LEGISLAÇÃO CIVIL, NO ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL E SEU TRATAMENTO PELO JUDICIÁRIO.**

Após o estudo feito nos capítulos anteriores, resta agora analisar o combate ao racismo no campo do direito civil e no estatuto da igualdade racial, além do tratamento que o judiciário tem em relação à legislação antirracista e sua aplicação.

### **4.1. OS ASPECTOS DE DIREITO CIVIL NO COMBATE AO RACISMO**

A esfera civil, de forma cautelar, também tem sido utilizada como instrumento na luta contra o racismo.

Na seara criminal, o Código Penal estabelece que a obrigação de indenizar o dano, causado pelo crime, torna-se um dos efeitos da condenação criminal<sup>19</sup>. Por sua vez, o Código Civil de 2002 aponta que tem a obrigação de indenizar, o agente que der causa a ato ilícito<sup>20</sup>, o qual gere dano a outra pessoa<sup>21</sup>.

Conforme Stoco (2011, p. 133) a constatação jurídica da responsabilidade depende da prática de um ato ilícito, cometido conscientemente, dirigido a um fim, ou orientado por comportamento qualificado pela desídia, pela precipitação (açodamento) ou pela inabilidade técnica, mas que ocasione um resultado danoso no plano material ou moral.

Com base no exposto acima, é possível assentar duas premissas básicas quanto à obrigação de indenizar. A primeira diz respeito ao fato de que não há responsabilidade, em qualquer forma, caso não exista a violação de um dever jurídico preexistente. O segundo ponto refere-se à necessidade de se identificar o sujeito responsável pela violação do dever jurídico. (CAVALIEIRI FILHO, 2008, p. 5).

---

<sup>19</sup> Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Código Penal)

<sup>20</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Código Civil)

<sup>21</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Código Civil)

Gonçalves (2009, p.4) considera que os elementos caracterizadores da incidência da responsabilidade seriam a conduta humana; a culpa; o nexo de causalidade e o dano.

Cavaliere Filho (2008, p. 24), define a conduta humana como um comportamento humano voluntário exteriorizado por meio de uma ação ou omissão que resulte na produção de consequências jurídicas. E Stoco (1999, p. 65), por sua vez, afirma que “só à pessoa pode-se imputar uma ação ilícita. Na conduta dessas pessoas só adquire relevância jurídica a ação voluntária”.

A culpa, como preconiza Cavaliere Filho (2008, p. 29), é a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim desejado ou o descumprimento de um dever de cuidado mesmo que ausente a intenção de produzir prejuízo a outrem.

Segundo Cavaliere Filho o ordenamento jurídico pode determinar que em algumas situações o dano seja reparado mesmo que sem a comprovação da culpa do agente. Essas hipóteses são conhecidas como responsabilidade objetiva, visto que prescindem da culpa e se configuram apenas com o dano e o nexo de causalidade (CAVALIERE FILHO, 2008, p. 134-135).

Gonçalves (2011, p.515) considera que deve existir um nexo causal entre o fato ilícito e o dano, como pressuposto da responsabilidade civil, dado que sem tal relação de causalidade não se admitiria a obrigação de indenizar.

Outro elemento caracterizador da responsabilidade civil é o dano. Mas, conforme afirma Cavaliere Filho (2008, p. 70), este só poderia ser aceito como pressuposto da responsabilidade civil quando a conduta do agente causar dano a terceiro, sendo classificado como material ou moral.

Aos efeitos deste trabalho, será abordado o caso de dano moral, dado que este instituto é uma das formas pelas quais as vítimas podem obter reparação dos danos sofridos por práticas racistas.

Conforme Cavaliere Filho (2008, p.80) o dano moral pode ser conceituado como a “violação do direito à dignidade”. Com este conceito, Cavaliere Filho delimita o campo do dano moral.

Assim, preconiza o autor:

[...] o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim, como pode haver dor, vexame e sofrimento

sem consequências, e não causas. Assim como a febre é efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. (Cavaliere Filho, 2008, p.80)

A jurisprudência nacional tem tido entendimento semelhante ao defendido pelo civilista citado. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que nos casos em que houver ofensa à honra, só haverá dever de indenizar se o dano causado for capaz de atingir a honra subjetiva vítima, dando causa, assim, ao abalo moral de forte repercussão íntima<sup>22</sup>.

Atualmente, o dano moral também se estende aos direitos personalíssimos, não ficando restrito aos casos de dor e sofrimento. O dano moral, conforme afirma Cavaliere Filho, não é suscetível de avaliação pecuniária, de modo que a condenação à uma obrigação pecuniária imposta ao autor do dano refere-se mais a uma compensação do que uma indenização (CAVALIERE FILHO, 2008, p. 134-135).

O dano moral inclui, também, o efeito não patrimonial da lesão. Observa-se, na prática processual – especialmente nas varas cíveis – que as ações de danos materiais já estão intrínsecas no dano moral, pois o pedido de indenização material é cumulado com o de ressarcimento moral. (JOAQUIM, 2002, p. 79).

Em conclusão, para que o pedido de indenização de dano moral seja procedente é necessária a existência de vexame, sofrimento ou humilhação capaz de destruir a dignidade da pessoa humana, interferindo de forma intensa na esfera psicológica da pessoa, como ocorre em crimes de racismo, especialmente, nas injúrias qualificadas.

---

<sup>22</sup> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA.. Em casos de ofensa à honra o dever de indenizar gira em torno da comprovação da conduta ofensiva narrada pelo autor e da averiguação de que esta realmente foi capaz de atingir a honra subjetiva do demandante, dando causa, assim, ao abalo moral alegado. No presente caso, a prova produzida nos autos não deixa dúvidas a respeito à ofensividade da conduta do réu. De outra banda, não trouxe o demandado nenhuma prova para afastar o direito do autor, ônus que lhe cabia (art. 333, II, do CPC). Indenização. Majoração. Racismo. Proferimento de palavras ofensivas à raça negra. Ante o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio ao tema versado nos autos, com nítido objetivo de reprimir a prática de atos discriminatórios e preconceituosos em desvalia à raça negra, a conduta do réu para com o autor, eminentemente depreciativa à sua cor, deve ser repudiada e, via de consequência, condenada pelo Estado-Juiz. Quantum indenizatório majorado. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO RÉU. (TJ/RS – Apelação Cível, 9ª Câmara, Processo nº 70014191415, Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 22/03/2006) (Grifo nosso)

## 4.2. O ESTATUTO DA IGUALDADE RACIAL

O Estatuto da Igualdade Racial foi sancionado em 20 de julho de 2010. Foram dez anos de tramitação no Congresso Nacional e que ao final do processo legislativo houve a elaboração de uma norma legal bastante diferente da proposta original.

O projeto de lei nº 3.198/2000 criado pelo então deputado Paulo Paim foi apresentado como fruto do debate do movimento negro. Dentre as principais inovações destacavam-se a proposta de implantação de sistema de cotas em vários campos da vida social. (Santos, Moreno dos Santos e Bertulio, 2011, p.4)

Santos (2001, p.6) afirma que ao longo de todo o período de tramitação legislativa, o projeto de estatuto provocou intenso debate público sobre a temática racial e contínuo questionamento do mito da democracia racial. Interessante notar que algumas ideias presentes no projeto original foram adotadas por outras normas; o principal exemplo foi o da lei 10.639/2003, que estabeleceu a obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-brasileira.

Após a apresentação do projeto de lei no 3.198/2000, somente em setembro do ano seguinte foi constituída comissão especial para promover sua apreciação. Na eleição de 2002, o deputado federal Paulo Paim foi eleito senador pelo Partido dos Trabalhadores do Rio Grande do Sul.

Conforme Santos (2011, p.17) o projeto de lei 3.198/2000 não tramitava na Câmara dos Deputados, o que o impedia de ir ao plenário para a votação definitiva na Casa iniciadora. Assim, o senador Paulo Paim (PT/RS) resolveu apresentar formalmente no Senado Federal uma nova proposta do Estatuto da Igualdade Racial.

Para aprovar o Estatuto no Senado Federal, Paulo Paim precisou de muita habilidade e articulação política.

Nesse sentido, Santos (2011, p. 18) afirma que:

Entre tais apoios se destacaram grandes nomes da política nacional, tais como Roseana (PFL/MA) e José Sarney<sup>13</sup> (PMDB/AP) e, especialmente pela atuação, a liderança política do senador Antônio Carlos Magalhães (PFL/BA). Ele, juntamente com os outros dois senadores pela Bahia que compunham seu grupo político, César Borges (PFL/BA) e Rodolpho Tourinho (PFL/BA). (Santos, Moreno dos Santos e Bertulio, 2011, p.4)

A estratégia de Paulo Paim para conseguir aprovar seu projeto foi definida em três objetivos: primeiro, a assunção das relatorias nas comissões por senadores apoiadores; depois, a aceleração da passagem do projeto pelas comissões, evitando as táticas protelatórias de senadores avessos ao projeto; e, por fim, o aproveitamento do

fato de que o senador Antônio Carlos Magalhães (ACM) (PFL/BA) era o presidente da Comissão de Constituição e Justiça.

A aprovação do projeto não foi tranquila, pois havia parlamentares oposicionistas contrários ao Estatuto, como o senador Demóstenes Torres (PFL/GO). Contudo, como afirma Santos (2011, p.19), ele não tinha apoio político para contrariar o senador Antônio Carlos Magalhães (PFL/BA).

Santos (2011, p.13) esclarece que os trâmites finais e a aprovação do Estatuto provocaram um expressivo debate público em torno do tema. O argumento dos opositores a políticas públicas com recorte racial era de que essas políticas “racializariam” a sociedade brasileira, além de acreditarem que a pobreza era o efetivo motor das desigualdades sociais.

Entre os objetivos do Estatuto estão o provimento de fontes de financiamento para programas e ações que visam à promoção da igualdade racial e a instituição de um conjunto de mecanismos legais para organizar e articular as ações voltadas à implementação das políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnico-raciais existentes no país. (SILVA, 2011, p. 6)

Santos, Moreno dos Santos e Bertulio (2011, p.13) dissertam que ao longo do decênio houve muita discussão em torno de um tema: o racismo, suas consequências virulentas para a população negra brasileira e como combatê-los.

O Estatuto incorpora definições claras de discriminação<sup>23</sup> e população negra<sup>24</sup> para evitar que as inovações incorporadas ao ordenamento não deixem de ser aplicada por uma questão de gramática.

Importante argumentar que o Estatuto é inovador no sentido de não se ater apenas ao lado criminal do combate ao racismo, ele concebe a proteção e efetivação de direitos fundamentais como o direito à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao acesso a terra e à moradia adequada.

---

<sup>23</sup> discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

<sup>24</sup> população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.

#### **4.3. A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 com a caracterização do racismo como crime, além dos adendos da inafiançabilidade e da imprescritibilidade foram grandes avanços resultantes da luta do movimento negro.

A Lei Caó foi considerada um marco na legislação brasileira, pois a partir daquele momento o Estado brasileiro reconhecia, ao menos formalmente, o problema do racismo.

Consoante afirma Sales Júnior:

No contexto do Mito da Democracia Racial, a judicialização das relações raciais viria em resposta à desqualificação e despolitização do discurso racial que vedaram às pessoas negras o acesso aos espaços de poder político. Isto fez com que o direito passasse a ser percebido como salvaguarda das expectativas de alguns setores dos movimentos sociais negros, comportando-se de modo substitutivo ao governo, às políticas públicas, aos partidos e aos próprios movimentos sociais negros que não eram capazes de mobilização social em torno da questão racial. (Sales Junior, 2009, p.80)

Durante a segunda metade do século passado, o Estado brasileiro insistia na ideia de que em seu território havia uma convivência harmoniosa entre todas as raças. Tal perspectiva só começou a mudar com o árduo trabalho do movimento negro em desmascarar tal falácia.

As deficiências técnicas da legislação antirracista, a desclassificação do crime de racismo, a impunidade nestes crimes e a indiferença policial perante as denúncias da população negra são fatores que influenciam na devida aplicação da lei antirracista.

Santos (2009, p.225-229) trata da importância do fato das faculdades de Direito no Brasil, em especial as de maior prestígio, continuam a formar juristas que desconhecem a questão racial.

A falta de disciplinas relativas ao estudo da questão negra e outras minorias no currículo oficial dos cursos é um fator relevante para que o racismo ainda seja um tabu no meio acadêmico.



## CONCLUSÃO

O trabalho foi realizado no intuito de analisar se o ordenamento jurídico brasileiro podia ser usado como um instrumento viável e suficiente de combate ao racismo. Foram inúmeras as dificuldades encontradas pela escassez de bibliografia sobre o assunto.

O trabalho foi desenvolvido sob as perspectivas do direito Constitucional, do direito internacional dos direitos humanos e da legislação infraconstitucional, notadamente a legislação penal e civil. A área penal foi a que ofereceu maiores recursos.

Em primeiro lugar, como apresentado no capítulo 1, o Direito Constitucional trata exclusivamente da criminalização do racismo por parte da Constituição Federal de 1988.

No campo do Direito Internacional Público, como apresentado no capítulo 2, destacou-se a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1966) e o sistema interamericano de direitos humanos, que funcionam como uma rede de proteção quanto a práticas de discriminação e violação de direitos humanos.

No capítulo 2, também foi observado a consolidação da responsabilização do Estado perante os danos sofridos por seus nacionais. Esta medida é de grande valia no que compete ao surgimento de um real mecanismo de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, dado que os Estados-nacionais carregam o ônus da responsabilidade jurídica e política em caso de crimes de caráter racial.

Na seara penal, o trabalho possibilitou reconhecer uma contínua disposição do legislador brasileiro em enrijecer o tratamento punitivo aos autores de crimes raciais: Contudo, ainda caberia se aprofundar no estudo sobre o papel dos operadores de direito na utilização da legislação antirracista.

Não bastam avanços na legislação se os seus aplicadores estão distantes de tais inovações. São necessárias medidas que possibilitem a “reciclagem” dos juristas, as quais se iniciem nas academias jurídicas, passando pelas delegacias de polícia e ministério público, até os tribunais brasileiros.

Em relação ao Direito Civil, observou-se a responsabilidade civil e sua aplicação como ela é aplicada aos casos de racismo por meio do dano moral. Tratou-se, ainda, no capítulo 4, do Estatuto da Igualdade Racial. Por ter sido aprovado recentemente pelo parlamento brasileiro, não é possível fazer uma análise precisa sobre

a eficácia desse instrumento legal na sociedade; mas, é possível afirmar que ele pode representar um novo modelo de combate ao racismo, já que não se delimita apenas no campo do Direito Penal.

O processo, aqui, desenvolvido buscou fundamentos e novos alicerces para o estudo da questão racial com o intuito de não restringir-se, unicamente, à estrutura penalista.

Logo, consideramos importante a existência de um maior incentivo a pesquisa sobre relações raciais dentro do âmbito jurídico (ou dentro das faculdades de Direito), não apenas relacionados com a criminalização das práticas discriminatórias, mas que incluam, também, aspectos relativos ao Direito Civil e um acompanhamento do sistema de igualdade racial estabelecido pelo respectivo estatuto.

Finalmente, a abordagem do assunto dentro da ciência jurídica, numa perspectiva analítica-crítica, assume uma relevância ímpar como contribuição acadêmico-científica para o enfrentamento do racismo, flagelo que obstaculiza o direito à dignidade de grande parcela da população brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS, José D'Assunção. **A construção social da cor: diferença e desigualdade na formação da sociedade brasileira**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil Pós-1964**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10º ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**; trad. Carmem C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10º ed, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Senado Federal, 2012.

BRASIL, **decreto-lei no 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940**, Art. 208.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo. Secretaria de Documentação**. Brasília, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume II)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume III)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3º ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Edusp, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. São Paulo. Saraiva, 2009.

JOAQUIM, Jose. **Acesso à justiça e o juizado especial como alternativa**. Brasília, 2002.

LIMA, Claudia. **Introdução à história do negro no Brasil**. Recife: Raízes Brasileiras, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Clóvis. **História do Negro Brasileiro**. São Paulo: Ática, 1992.

NASCIMENTO. Abdias. **O Genocídio do negro brasileiro – processo de um racismo mascarado**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. **Teatro Experimental do Negro: trajetória e reflexões**. Revista do Instituto de Estudos Avançados, USP 18(50), 2004.

OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom et al. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249, 10 ° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **A Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da igualdade Jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set., p. 283-295, 1996.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança Internacional e Direitos Humanos**. A prática da Intervenção Humanitária no Pós-Guerra Fria. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Gandolfo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. **Raça e justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco: Editora Massangana, 2009.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as práticas de racismo: o que faremos com os brancos racistas?**. Brasília. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. 2009.

SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; e BERTÚLIO, Dora Lúcia. **O processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010**. Brasília: INESC, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, Martiniano. **Racismo à brasileira: raízes históricas**. 3ed. São Paulo: Anita, 1995.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora JusPodivm. 7 ed, 2012.

TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica**/tradução Nadjeda Rodrigues Marques, Camila Olsen. – Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo B. M.; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2011.

VARELLA, Santiago Falluh. **Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos**. Brasília. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. 2009

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Responsabilização objetiva do Estado brasileiro pela segregação institucional do negro e a adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados**. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Brasília, 2004.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

SITES:

A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_carta.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php). <Acesso em: 10 jan. 2013>

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br> <Acesso em: 10 jan. 2013>